

O PODER JUDICIÁRIO E O PARÁGRAFO 1º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL

PAULO BONAVIDES
Professor Emérito da UFC

Reza o parágrafo único do art. 1º da Constituição do Brasil: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição.”

Por sua vez, o art. 14, versando os Direitos Políticos, prescreve:

“A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e nos termos da lei, mediante:

Plebiscito

Referendo

Iniciativa Popular”.

O desdobramento institucional que o Brasil tem vivido desde a promulgação da Constituição de 1988 nos autoriza a concluir que ainda não foi possível associar, em termos definitivos e na medida desejada, a democracia representativa - a única efetivamente realizada - à democracia direta, consoante manda, de maneira inequívoca e categórica, o texto constitucional.

A que se deve, pois, esse retardamento cujas conseqüências pesam sobre a legitimidade do sistema e o fazem incompleto nas bases constitucionais de seu funcionamento, comprometendo desse modo o exercício do princípio da soberania popular em toda a sua latitude?

Do ponto de vista formal, tal se deve unicamente ao descumprimento, pelo legislador subsidiário, da mencionada reserva de lei, contida no art. 14.

Com efeito, há cerca de dez anos, o licurgo federal se conserva em estado de inércia, salvo quanto à iniciativa, já disciplinada, embora com sensível atraso.

Os mecanismos mais importantes, porém, a saber, o plebiscito e o referendo, aguardavam a lei respectiva, que, pela reserva do art. 14, se infere competir ao Congresso Nacional.

O decurso de tantos anos - quase uma década - sem que se faça legislação correspondente, configura, a nosso ver, pelo prisma teórico, uma inconstitucionalidade por omissão. Examinada mais a fundo e à luz da teoria material da Constituição, deve ser porém qualificada com mais precisão como inconstitucionalidade material, conceito que cabe por inteiro no âmbito da Nova Hermenêutica. Floresce esta com o apoio daquela teoria e se constrói, por necessidade metodológica e inspiração axiológica do Direito Constitucional de nossa época.¹

O problema jurídico suscitado por aquela reserva de lei é o seguinte: poderá o legislador federal asilar-se indefinidamente no silêncio e na omissão para, escudado em procedimento desse gênero, faltar à sua obrigação constitucional de fazer a lei regulativa daqueles instrumentos e privar assim o povo do exercício de sua vontade naquela região que se nos afigura a mais impregnada de legitimidade, ou seja, a democracia direta?

A resposta decerto, segundo nos parece, somente se dará por via interpretativa, havendo a esse respeito duas soluções possíveis, caso a controvérsia se suscite perante o Poder Judiciário. Cabe a este, portanto, eleger, para o caso vertente, a que se lhe afigurar mais compatível com o espírito da Constituição.

A primeira consiste em manter o *status quo* da constitucionalidade

¹ A metodologia constitucional da Nova Hermenêutica é a mesma da Teoria Material da Constituição, ou seja, o corolário de três distintas gerações de direitos fundamentais – os da segunda, terceira e da quarta gerações – esta última, que é a democracia, ainda em fase de gestação, abraçada a dois que lhe são gêmeos e sem os quais não logra eficácia, a saber, o pluralismo e a informação.

As três gerações derradeiras assinalam a ruptura da subjetividade e o advento triunfal da dimensão objetiva, à que se associa, de necessidade, a ordem jurídica do Estado social, incorporando ao exame e solução das questões constitucionais, caso ocorra colisão de princípios, o emprego de um dos mais novos e importantes recursos hermenêuticos da teoria constitucional contemporânea, a saber, o chamado princípio da proporcionalidade, cuja natureza é designadamente mediadora e instrumental.

Metodologia de inspiração germânica, tem por uma de suas fontes mais remotas o dissídio doutrinário entre legalidade e legitimidade, e, por inspiração mais próxima, o princípio de constitucionalidade; princípio que traslada da esfera formal para a esfera material, uma medida de valor ou critério “equivalente ao reconhecimento de que as Constituições não possuem, ao estabelecerem seus comandos, a feição minudente e casuística dos Códigos, ao fixarem estes as suas determinações normativas. Ao contrário, alicerçam elas sua juricidade em cláusulas abertas, em princípios, em formulações genéricas, em declarações abstratas, às vezes de teor programático, deixando não raro espaços aparentemente vazios de normatividade e conteúdo, cujo preenchimento imediato só se faz por meio de processos cognitivos de integração e concretude.

dessa inobservância, ou seja, da inexecução do mandamento contido na reserva legal.

Mas, admitido esse entendimento acerca da intangibilidade da reserva, ainda na hipótese de a omissão bloquear o princípio da soberania popular, e, ao mesmo passo, impedir a integração concretizante do parágrafo único do art. 1º combinado com o art. 14 nas esferas do Município ou do Estado-membro, colidindo assim com o princípio federativo, ter-se-ia que admitir, nessa linha de raciocínio jurídico, haver o constituinte outorgado ao legislador ordinário o poder sem limites e sem freio de omitir-se a paralisar, por essa abstenção na feitura da norma, a implantação constitucional da democracia direta nos três níveis da Federação.

Essa leitura interpretativa referente à aplicação do art. 14 é de todo o ponto formalista e se prende à Velha Hermenêutica cuja vocação e critérios jusprivatistas desatendem, por inteiro, à evolução teórica mais recente do direito constitucional, consoante se há de inferir do argumento que a ela se contrapõe, exposto logo a seguir, fundamentando a segunda solução.

Esta, sim, se nos afigura a mais consentânea, a mais correta, a mais consistente, a mais legítima, porquanto vazada na juricidade do mais excelso princípio da Constituição: o da soberania popular.

Diante, pois, de uma regra - a da reserva "nos termos da lei" do art. 14 - que porventura venha opor-se-lhe, o princípio prevalece. A regra, em razão de sua inferioridade hierárquica, jamais poderá negar, contraditar ou invalidar a eficácia do princípio. Com efeito, este haverá sempre de preponderar, soberano, augusto, sobranceiro a toda impugnação de ordem formal arrimada à literalidade da regra constitucional que estatuiu aquela reserva.

De tal sorte que a segunda solução coloca a chave do problema constitucional no princípio do parágrafo único do art. 1º, fazendo eficaz, por conseguinte, no que toca à inauguração da democracia direta, aquela determinação normativa superior, ali taxativamente explicitada.

A derradeira fórmula hermenêutica, esta que acabamos de expor concernente à reserva de lei do art. 14, descobre, juridicamente, na omissão do legislador, uma enorme inconstitucionalidade material, derivada da inércia ou letargia do mesmo em fazer prevalecer, em toda a latitude, como lhe

cumpria, a manifestação soberana da vontade popular.²

Paralisadas, ou embargadas por um silêncio legislativo, as duas mais importantes técnicas plebiscitárias - o referendo e o plebiscito - oxidam-se no texto da Constituição.

O procedimento omissivo consubstancia, desse modo, por ofensa frontal ao parágrafo único do art. 1º da Constituição, a sobredita inconstitucionalidade material, palpável à análise de todo intérprete empenhado em salvaguardar a eficácia normativa da Lei Maior.

Disso deveria resultar, portanto, no seio da comunhão federativa, a

² Há, ao nosso ver, no Direito Constitucional positivo, três formas possíveis de inconstitucionalidade material, que, em distintas épocas, se podem inferir de textos constitucionais, que têm ou tiveram vigência no Brasil, sendo que a primeira, protótipo das subseqüentes, possui hoje, para alguns, interesse sobretudo histórico, o que, todavia, não apaga nem invalida a sua importância como primeiro passo decisivo na formulação daquele conceito.

Com efeito, a primeira categoria de inconstitucionalidade material do no direito de nossa Lei Suprema (a Carta do Império, de 1824) ocorria por ofensa aos direitos políticos individuais, hoje entendidos por direitos da primeira dimensão, ou aos limites e atribuições dos Poderes políticos, consoante constava do art. 267 da Carta outorgada, que, vinculado ao artigo seguinte, estabelecida a famosa distinção entre constitucionalidade material e constitucionalidade formal para efeito de introdução de mudanças ou variações no texto da Constituição.

A segunda categoria ou forma de inconstitucionalidade material se caracteriza por ofensa às cláusulas intangíveis da Constituição; intangibilidade que tanto pode ser explícita como implícita. É designadamente explícita nos termos do parágrafo 4º do art. 60, em referência à salvaguarda da matéria ali posta, que fica assim ao abrigo de qualquer emenda tendente a aboli-la, a qual não será objeto de deliberação. O dispositivo constitucional confere rigidez absoluta, nesse tocante, à forma federativa de Estado, à separação dos Poderes, aos direitos e garantias individuais e ao voto direto, universal, secreto e periódico.

A terceira categoria ou modalidade ocorre por ofensa aos princípios que na Constituição regem, por sua essência mesma, a hierarquia normativa do sistema.

A teoria constitucional se enriquece, portanto, e evolui na medida em que abre novos horizontes à interpretação constitucional e estabelece a normatividade suprema dos princípios. Enfim, um quarto gênero de inconstitucionalidade material já se pode construir ou vislumbrar à proporção que ele entra na consciência constitucional dos que professam o Estado de Direito, ou seja, a inconstitucionalidade material, por ofensa à democracia enquanto direito da quarta geração.

A propósito da elaboração do conceito de democracia como direito da quarta geração, veja-se Paulo Bonavides. "Néo-liberalisme et état social au Brésil", in *Staatsphilosophie und Rechtspolitik*, Festschrift fuer Martin Kriele zum 65. Geburtstag, Verlag C. H. Beck, Muenchen, 1997, pp. 1479 e ss. Tocante à crise constituinte, igualmente Paulo Bonavides, "Der brasilianische Sozialstaat und die Verfassungen von Weimar und Bonn", in *40 Jahre Grundgesetz-Entstehung, Bewahrung und internationale Ausstrahlung*, Herausgegeben von Prof. Dr. Klaus Stern, Verlag C. H. Beck Muenchen 1990, pp. 279 e ss.

liberação imediata das Câmaras Municipais e das Assembléias Estaduais para disciplinarem, nas áreas de competência e autonomia que lhes são próprias, a utilização e o emprego imediato dos instrumentos de consulta popular.

Em procedimento assim, estariam elas dando cumprimento à vontade do constituinte brasileiro de 1987-1988, que estabelece, por ponto essencial do sistema, o exercício parcial da democracia direta.

De sorte que, breve, se houver controvérsia, o Poder Judiciário poderá ser chamado a rubricar nos seus arestos a constitucionalidade de atos municipais e estaduais, caso as Câmaras dos Municípios e as Assembléias dos Estados sigam os passos da Câmara Municipal de Fortaleza, a qual, este ano, fez em seu âmbito a legislação integrativa das técnicas plebiscitárias da Constituição.

Se o Poder Judiciário seguir, pois, essa segunda via hermenêutica, caminhará, a nosso ver, na direção certa e desempenhará em favor da democracia o inabdicável múnus de guarda da Constituição e defensor supremo de sua legitimidade e eficácia.

Mas ocorre que esse Poder, tanto quanto o Legislativo e o Executivo, se acha em crise e os fatores que a determinam em grande parte se furtam à sua jurisdição.

Vamos, a seguir, sondar a natureza dessa crise, partindo do momento econômico, rodeado de incertezas e abalos, para transitar até a esfera do Judiciário, cuja reforma já tramita numa das Casas do Congresso Nacional.

No País, a crise desta época assenta designadamente na reversão anti-social do neoliberalismo governante, cujas medidas recessivas ligadas à sustentação da taxa de câmbio, para manter sobrevalorizada a moeda nacional perante o dólar americano, já produziram efeitos negativos e desestabilizadores de amargos reflexos sobre a sociedade. Tais efeitos alguns atribuem à chamada globalização e às manobras especulativas do capital financeiro internacional que fez desabar as bolsas asiáticas; outros também à carência de competitividade da economia brasileira nos mercados estrangeiros, salvo aqueles do Mercosul.

Tudo isso, somado a fatores não menos relevantes de lenta corrosão do nosso sistema, acumulados ao longo de tantos anos de dificuldades e problemas políticos e financeiros, tem criado para os Poderes constitucionais e para a segurança institucional do regime uma situação de grave risco e instabilidade.

Essa situação poderá configurar a curto ou médio prazo, se não for removida, aquilo que em nossas análises e formulações de teoria constitucional e filosofia do poder costumamos designar debaixo da denominação de

³ Não é a primeira vez que nos ocupamos desta matéria . o conceito de crise constituinte já o havíamos desenvolvido em distintos trabalhos, dos quais estaremos, a seguir, alguns excertos. Senão vejamos. Em "Der brasilianische Sozialstaat und die Verfassungen von Weimar und Bonn" escrevemos:

"In diesem Zusammenhang muss sich eine grundlegende Unterscheidung von hoechster Wichtigkeit vergegenwaertigen: eine Verfassungskrise und eine Krise der verfassungsgebenden Gewalt sind auseinander zu halten."

Die konstitutionelle Krise ist die Krise einer Verfassung oder genauer gesagt die eines bestimmten Punktes der Verfassung. Wenn die Krise nicht die gesamte Verfassung betrifft, genuegt zu ihrer Beseitigung das Mittel der Reformbzw der Revision; ein Ausweg, den die Verfassung selbst anbietet und welcher der sogenannten verfassungsaendernden Gewalt zusteht. Ist aber die Krise umfassender und tiefer, geht ihre Dimension ueber das uebliche Mass hinaus, so faellt die Loesung wider der verfassungsgebenden Gewalt ersten Grades zu, d.h. es wird eine neue Verfassung gemacht, um die Grundlagen der Rechtmassigkeit und stabiler Regierungsverhaeltnisse wiederherzustellen. Die Krise wird aber nur dann geloest, wenn die Schwierigkeiten in wirksamer Weise beseitigt werden. Es ist diese Moeglichkeit der Krisenbewaeltigung mit den in der Verfassung selbst vorgesehenen juristischen Mitteln oder mit aussergewoehnlichen Methoden, wie der Ausarbeitung eines neuen Verfassungstextes, welche die begrifflichen Grenzen der Verfassungskrise absteckt. Ohne Zweifel handelt es sich hier um eine Art von Krise, die zuwellen Laender und oder auch solche, deren politische Probleme die Beseitigung und Ersetzung des Herrschaftssystems weder erfordern noch nahelegen. Die Krise pflegt hier wenig tiefgreifend zu sein und befaellt daher weder die Machtstrukturen noch erschuettert sie die Grundlagen von Staat und Gesellschaft.

Was die Krise der Verfassungsgebung betrifft, so ist sie es - im Gegensatz zur Verfassungskrise -, die institutionen den Todesstoss versetzt, die Entwirrung des sozialen Geflechts erzwingt oder sogar die Revolution unvermeidlich macht. Sie haengt nicht selten mit der Notwendigkeit zusammen, die Regierungs-oder die Staatsform zu aendern, denn in einer solchen Situation findet sich immer eine Gewalt oder eine Organisation, die im Namen der Rechtmassigkeit von Grund auf in Frage gestellt werden kann.

Die Krise der Verfassungsgebung ist folglich keine Krise der Verfassung sondern eine solche der Verfassungsgebenden Gewalt selbst; eine Gewalt, die sich bei der Erarbeitung oder der Reformierung einer Verfassung als voellig unfaeig erweist, die Wurcel der politischen und sozialen Maengel, welche dem Staat, dem herrschenden System, den Institutionen und der gesellschaft selbst in ihrer Gesamtheit zu schaffen macht, zu beseitigen."

Brasilien war im Laufe der dicht aufeinanderfolgenden Verfassungsaenderungen, welche die wichtigsten Epochen seiner Geschichte markiert haben, chronisches Opfer eines politischen Sprengsatzes: die Halblegitimaet, die als Ergebnis aus dem Fehlen einer Revolution ohne Nafuehrungszeichen - eine solche hat es tatsaechlich niemals gegeben, es haette sie aber geben muessen - entstanden ist. Das Fehlen dieser Revolution trotz genuegender sozialer Anlaesse, wie bei der Erreichen der Unabhaengigkeit des Landes, bei der Abdankung des Kaisers, bei der Einrichtung der Regentschaft und spaeter bei der republikanischen Umgestaltung und der Ausweisung des Monarchen, stellte das Gefuege institutioneller Rechtmassigkeit in hohem Mass bloss, indem es zugleich die normale Ausuebung der Regierungspaetigkeit auf Dauer instabil und die Traeger der Staatsgewalten aeusserst fragwuerdig

gemacht hat.

(Paulo Bonavides. "Der brasilianische Sozialstaat und die Verfassungen von Weimar und Bonn", in *40 Jahre Grundgesetz - Entstehung, Bewahrung und internationale Ausstrahlung*. Herausgegeben von Prof. Dr. Klaus Stern. Verlag C. H. Beck Muenchen 1990, pp. 279 e ss.)

Em nosso *Curso de Direito Constitucional*, assinalamos:

A crise *constituente* é a própria crise do poder constituinte, a crise de um regime, de um corpo institucional, de um sistema de governo, ao passo que a crise *constitucional* é tão-somente a crise de uma Constituição; por isso mesmo, não afeta a titularidade do poder constituinte de primeiro grau, e, como se circunscreve ao arcabouço político e jurídico do ordenamento estabelecido, se resolve pela intervenção do poder limitado de reforma, contido juridicamente na Constituição.

Em suma, é a crise que não se propaga às instituições nem lhe abala os andamentos. É também a espécie mais familiar à natureza política e institucional dos países desenvolvidos, aqueles que gozam de superior estabilidade em matéria de competência de poderes e exercício de direitos fundamentais.

Já os países subdesenvolvidos se acham, pela fragilidade de seus mecanismos econômicos, mais sujeitos a se verem vítimas da crise constituinte, em virtude da inadequação do sistema político e da ordem jurídica ao atendimento de necessidades básicas da ordem social, as quais permanecem insatisfeitas ou postergadas.

Recapitulando noções e conceitos já expendidos, podemos, enfim, abreviar, nos termos que se seguem, a distinção fundamental entre crise constitucional e crise constituinte.

A crise constitucional - temos reiteradamente asseverado - é a crise de uma Constituição, ou, de modo mais freqüente e preciso, de um determinado ponto da Constituição. Se ela não abrange toda a Constituição, basta, para removê-la, utilizar o meio de reforma ou revisão; um recurso ou remédio jurídico que a Constituição mesma oferece, contido no chamado poder de reforma constitucional. Se a crise, porém, se manifesta mais ampla e profunda ou tem dimensão que excede o habitual, é de todo o ponto conveniente ter recurso ao poder constituinte de primeiro grau: faz-se uma nova Constituição para recompor as bases da legitimidade e auferir um governo estável.

Mas a crise só se resolve caso as dificuldades sejam efetivamente removidas. Essa possibilidade de remoção por meios jurídicos normais previstos na Constituição, ou por meios excepcionais como a elaboração de um novo texto básico, é aquilo que faz os limites conceituais da crise constitucional. Não padece dúvida de que se trata de crise que às vezes açoitava os países e as sociedades com elevado grau de cultura e maturidade política, ou seja, aqueles cujos problemas políticos não exigem nem impõem a substituição do regime. A crise raiva neles com menos ímpeto; por isso não afeta as estruturas do poder nem abala os alicerces do Estado e da Sociedade.

Com relação à crise constituinte, esta, ao contrário da crise constitucional, costuma ferir mortalmente as instituições, compelindo à cirurgia dos tecidos sociais, ou fazendo até mesmo inevitável a revolução. Entende não raro com a necessidade de substituir a forma de Governo ou a forma de Estado, pois, em nome da legitimidade, há sempre aí um poder ou uma organização social contestada desde os seus fundamentos.

A crise constituinte não é, por conseguinte, crise de uma Constituição, senão crise do próprio poder constituinte; um poder que, quando reforma ou elabora a Constituição, se mos-

Tomaremos, ao redor dessa categoria, por tema das reflexões subseqüentes e conexas, o Poder Judiciário e a democracia na conjuntura brasileira contemporânea. Isto diante da eventualidade de instalação daquela crise, subjacente aliás a todas as nossas épocas constitucionais.

Que é crise constituinte? Onde costuma eclodir? É a mesma crise constitucional? Ou desta se distingue por algum traço relevante?

Todas essas questões terão sua resposta condensada na exposição que se segue.

Com efeito, crise constituinte, via de regra, é crise que aflige os Países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento cujos sistemas políticos se mostram impotentes para manter a Constituição e, por isso mesmo, rolam na aventura dos golpes de Estado e das ditaduras, com as instituições submersas no caos e no absolutismo.

tra, nesse ato, de modo impotente para extirpar a raiz dos males políticos e sociais que afligem o Estado, o regime, as instituições e a Sociedade mesma no seu conjunto.

A *crise constituinte*, sendo, portanto, um processo, não se exaure nem na outorga nem na promulgação de uma Constituição. Ela de todo se manifesta pelo antagonismo da nova Constituição com as realidades sociais mais profundas. E ocorre naturalmente quando as instituições políticas recém-criadas por obra do braço soberano não alicerçam um poder legítimo, fazendo, ao contrário, perdurar em toda a sociedade o dissenso sobre o consenso. Nesse caso, a instabilidade prossegue e a Constituição, desprovida de um substrato básico de aprovação popular, perde a eficácia, a juridicidade, a normatividade.

Para resolver uma *crise constitucional*, basta reformar a Constituição; quando muito promulgar outra Constituição.

A crise constituinte, ao revés, representa a enfermidade do próprio corpo social. Por isso, raramente pode ser debelada. As crises meramente constitucionais se resolvem, em geral, mediante pronta intervenção do poder constituinte de segundo grau ou poder constituinte derivado, que jaz na própria Constituição, ou, em determinados sistemas e formas de organização política, pela ação jurisprudencial das Cortes constitucionais, por seus arestos, que dirimem conflitos ao redor da Lei Maior, ocasionalmente verificados.

Tais crises, posto que raras, fazem parte normal da existência do ordenamento, são superficiais e nunca o questionam desde as bases. Nos países de vida constitucional estável - quase sempre os da sociedade pós-industrial -, o figurino jurídico da Constituição talha efetivamente as instituições e sobre elas tem eficácia como esfera ordinária onde a normatividade faz transparecer o fluxo regular de competências e direitos que se exercitam sem comoções profundas para a ordem estabelecida.

De modo inteiramente distinto - tornamos a assinalar - apresenta-se o quadro relativo aos países subdesenvolvidos. Seria de todo inútil pedir aqui às categorias jurídicas do Direito Constitucional clássico uma resposta, solução ou até mesmo explicação para os vastos e atormentadores problemas que fazem sobremodo instáveis as estruturas do poder. Se delas nos ocupamos, fácil é observar quanto se apartam da realidade rebelde e por vezes indomável. Configuram a cada passo a crise constituinte, devastadora de textos, emendas e fórmulas que a retórica e a imaginação da classe política fazem brotar.

A crise afigura-se-nos insolúvel enquanto não for possível ultrapassar o atraso social e a desorganização econômica da sociedade.

Vista unicamente pelo aspecto jurídico num Estado concreto e específico, a saber, o Estado brasileiro contemporâneo, tamanha crise apresenta significativos contornos e dimensões que abrangem os três Poderes constitucionais do ordenamento estatal, patenteando desde logo a vulnerabilidade de suas bases constitucionais.

O pólo destas considerações, a saber, o Poder Judiciário e a democracia, nos consente facilmente medir a extensão e a profundidade dos abalos que, de último, fazem estremecer, desde os alicerces, todo o edifício constitucional.

Devemos, todavia, determinar o grau desse relacionamento para eleger pelo menos uma premissa teórica, sem a qual ficaria ininteligível toda discussão acerca dos óbices e problemas que assolam a democracia e o Judiciário numa das mais importantes e prósperas repúblicas da América Latina que é o Brasil.

Com efeito, a premissa enunciada é a crise constituinte, cujo conceito não resulta difícil de construir, e já o fizemos noutros trabalhos⁴

⁴ Na introdução à *História Constitucional do Brasil*, mostramos o hiato entre a constitucionalidade formal e a constitucionalidade material, bem como suas repercussões sobre a estabilidade do ordenamento constitucional num País subdesenvolvido ou em desenvolvimento. Do seguinte teor, as nossas digressões a esse respeito:

“O problema constitucional do Brasil, como se vê, passa por uma enorme contradição entre a constitucionalidade formal e a constitucionalidade material. Um problema de tamanha magnitude, por sua vez, envolve toda a questão do poder constituinte, o qual já não pode ser visto nem explicado unicamente à luz dos ensinamentos tradicionais do Direito Constitucional clássico.

A constitucionalidade formal é perfeita, assimila toda a constitucionalidade material ou com esta se convive em íntima conexidade e perfeita harmonia; assimila também os conflitos constitucionais arbitrados sem abalo para com a ordem estabelecida. Mas isso só acontece naqueles países onde a crise constituinte ficou definitivamente afastada em razão da supremacia da sociedade sobre o Estado. De tal sorte que neles a organização política apenas atravessa crises constitucionais, sem expor nunca as instituições a fraturas ou abalos catastróficos. Todas as dificuldades existenciais do sistema se resolvem no quadro da ordem vigente. Em outras palavras, a semelhantes estruturas, tendo já logrado um alto grau de estabilidade, somente se lhes deparam reformas da Constituição, não derivando jamais das tensões políticas que pesam na balança dos interesses um desequilíbrio produtor daquela hegemonia fatal do Estado sobre a sociedade, em que a relação pública de tutela desfaz os fundamentos democráticos do regime e prepara a dissolução do chamado Estado de Direito. Enquanto não tivemos que fazer rosto em nossa história ao desafio da constitucionalidade material, traduzida em direitos consagrados no âmbito formal das constituições, foi de todo possível dissimular ou conter a impetuosidade da crise constituinte, sempre presente, mas

nunca tão geradora de efeitos desestabilizantes quanto nesta segunda metade do século XX, e menos desestabilizante ou menos complexa talvez por ser ainda a crise constituinte da constitucionalidade formal, aquela atada quase toda a aspectos políticos de formulação de direitos e liberdades individuais ou de consagração formal da regra de separação de poderes, tudo em nome ainda de princípios fundamentais da ideologia liberal.

Não era ainda, por conseguinte, a crise da constitucionalidade material que ora atravessamos, sem que o País haja, contudo, resolvido a primeira. Duas crises constituintes fundamentais se acumularam dessa maneira no Brasil - a formal e a material -, provocando não somente a ingovernabilidade dos poderes senão também - o que é pior - ingovernabilidade das instituições, desarticulando e desestruturando, assim, tanto o Estado quanto a sociedade. A tragédia do constitucionalismo brasileiro reside em que jamais sequer nos foi possível, pela natureza mesma da sociedade - o Império escravocrata e patriarcal fazia avultar a opressão dos fortes sobre os fracos, invalidando assim toda veleidade de contrato social, ponto de partida para a eliminação de desigualdades e privilégios - jamais nos foi possível ultrapassar as crise constituinte da constitucionalidade formal; crise basicamente política, em termos tradicionais. Converteu-se, portanto, aquilo que devera ter sido mera crise constitucional em crise constituinte permanente, de último bastante agravada, na idade do Estado social, pelo copioso ingresso dos direitos e adiantamentos sociais na ordem da rigidez constitucional, como se pretende, para maior eficácia e segurança da justiça, devida não só ao escoamento obreiro senão por igual a todas as categorias da sociedade.

Fez-se assim subir a um grau considerável de expansão a materialidade constitucional, com a abrangência de particularismos de conteúdo, excesso de dispositivos regulamentares e necessidade de legislação complementar e de leis ordinárias suplementares, cuja elaboração acaba sendo tão importante, para fazer funcionar a Constituição, quando as regras estabelecidas pelo constituinte, que teve, aliás, de seguir via muito mais dificultosa, tropeçando inevitavelmente nos obstáculos de rigidez do *quorum* qualificado.

Não passa, por conseguinte, o exame das instituições políticas de uma sociedade subdesenvolvida ou em desenvolvimento ou que apresenta interiormente distintos graus de desenvolvimento em sua composição sem uma referência essencial à conexidade do problema político com os problemas econômicos, ambos conduzidos por agentes ou fatores que nem sempre consentem estabelecer com clareza e transparência aquela linha de separação em que se veja com nitidez a autonomia dos primeiros em face dos segundos e vice-versa.

Decorre esse entrelaçamento complicador da natureza das relações humanas numa sociedade em crise quais todas são todas as sociedades que se deparam com as questões primárias de cultura política e desenvolvimento econômico. Produz-se, desse modo, no jurista puro, no constitucionalista afeiçoado a regras puramente normativas, em que se exaure o campo de sua visualidade do Direito, uma incompreensão total do processo em curso, uma incapacidade ou impotência para discernir soluções que façam a ordem jurídica cumprir as funções irrecusáveis a um modelo genérico de sociedade, qual este, já às vésperas do terceiro milênio, surpreendido por uma revolução tecnológica que avulta tão importante quanto a revolução ideológica precedente.(continua)

Daqui se infere, na idade da informática, a necessidade quase dramática que tem o jurista de ampliar o raio de suas indagações a outras províncias do conhecimento social, onde há de buscar o auxílio de recursos e meios cognitivos coadjuvantes a fim de interpretar, com mais segurança e utilidade, o direito aplicável à mudança e à renovação constitucional. Não é

Quando ela explode sobre as instituições, sua imagem evoca a força de uma erupção vulcânica ou tem o perfil de um furacão que passa devastador pela sociedade, deixando um rastro de ruína, morte e destruição.

Quanto mais largo o hiato entre a Constituição e a realidade, o Estado e a sociedade, a norma e a sua eficácia, os governantes e os governados, a lei e a justiça, a legalidade e a legitimidade, a constitucionalidade formal e a constitucionalidade material, mais exposto e vulnerável à crise constituinte fica o arcabouço do ordenamento estatal por cujas juntas e articulações estalam todas as estruturas do poder e da organização social.

A crise constituinte, crise geral, crônica e permanente das instituições e da Constituição, não deve ser confundida com a crise constitucional.

No Brasil, há crise constituinte (até esta altura recessiva), na Itália crise constitucional, quando muito com aparência de crise constituinte.

Da crise constitucional, sabemos que ela ocorre, de ordinário, nas sociedades nacionais onde as instituições, sendo mais estáveis, podem, todavia, padecer e atravessar situações excepcionais cujo corretivo a Constituição mesma ministra, restabelecendo o império da normalidade institucional. É crise de países constitucionais com elevado grau de legitimidade em seus sistemas de governo ou com uma cultura política de cidadania deveras sólida e desenvolvida, que os protege eficazmente contra o risco de desestabilização do poder, da economia e da ordem constitucional.

Cada vez que se manifesta, a solução é jurídica e ocorre no interior do ordenamento pelos meios normais que a própria Constituição prevê. Uma

unicamente a economia, nem exclusivamente a sociologia, nem tampouco a ciência política que se acham capacitadas a nos ministrar essa modalidade de subsídios básicos, senão também a história e, acima de tudo e de todos, a história constitucional propriamente dita, aquela volvida para a experiência política do passado, obrigando-nos reflexões críticas, arrastando-nos sobretudo à avaliação de erronias e a acertos, acerca dos quais uma estimativa de consciência nos forraria de repeti-los, conjurando, por essa via, desastres, surpresas e emboscadas. Soem estas sempre acontecer aos povos que ignoram sua própria história ou que dela não se valem por instrumento com que prevenir a reprodução de erros amargos e fatalidades políticas. Lição que não aprendemos devidamente, como nos cumpria. (...)

O direito busca fórmulas transformadoras com que alterar o *status quo* que fossiliza o País no imobilismo das correntes conservadoras, no estatuto público das oligarquias, no privilégio das camadas dominantes. Estas, sempre refratárias ao progresso e à mudança, fizeram da constituição o ornamento do poder, a vaidade institucional, o texto luxuosamente encadernado e esquecido nas estantes da oligarquia, alei com a qual nunca os chefes presidenciais efetivamente governaram o País nem a sociedade conscientemente conviveu. Pois era a lei dos formalismos alçados ao céu de vastas esperanças políticas que a ingenuidade concebera e o bacharelismo professara, a lei acadêmica das elites.

simples revisão ou reforma da Carta Magna pode tolhê-la e só em hipóteses extremas, excepcionalmente, redundaria na promulgação de uma nova Constituição que a remove. Mas sem acarretar grave lesão ao aparelho institucional. Via de regra, é crise na Constituição e não da Constituição, conforme acontece, com frequência, em países do Terceiro Mundo ou das áreas periféricas da economia capitalista hegemônica.

Crise constitucional foi a que aconteceu na França de De Gaulle onde esteve a um passo de transformar-se em crise constituinte. O exemplo francês suscita, todavia, dúvidas e pode haver quem o inclua nesta derradeira categoria.

A crise constitucional é sobretudo peculiar àqueles países que já se alçaram a um subido grau de civilização ou lograram um nível de costumes políticos compatível com o exercício da democracia e a limitação de poderes. É muito mais uma crise de governo que de regime.

Ao contrário dos países da Comunidade Européia, o Brasil é o Estado onde a crise da Constituição há sido principalmente crise constituinte e não apenas crise constitucional, como equivocadamente vem sendo tratada por muitos de seus juristas, historiadores e publicistas.

Em verdade essa crise percorre toda a história imperial e republicana, desde as nascentes da nacionalidade, quando se instalou.

Foi obra de um conflito de poderes - aliás, poderes de natureza constituinte - entre o Imperador D. Pedro I e a assembléia nacional constituinte que ele mesmo convocou para fazer a Constituição e a seguir dissolveu *manu militari*, ao desferir o golpe de Estado de 11 de novembro de 1823. Quando o constituinte Antônio Carlos tirou o seu chapéu, saudando a majestade do canhão, tal gesto simbolizava que a crise constituinte se instalara no Brasil e viera para ficar.

Episódio brutal e traumático, o golpe, em termos de legitimidade democrática e constitucional, deixou seqüela profunda intercaladamente manifesta ou latente, que atravessou todo o Império (1824-1889), e os distintos ciclos da República, desde a queda do Imperador D. Pedro II, em 1889, até o governo neoliberal do atual Presidente.

O golpe de 1823 entrou no inconsciente da nação, criou complexos de inferioridade constitucional, perpetuou a memória da crise constituinte e inoculou o bacilo da autocracia nas veias do corpo político cujo sangue contaminado escorre nas ocasiões de derrubada de governos constitucionais, de golpes de Estado, de outorga de Cartas autoritárias, de ditaduras, ostensivas umas, dissimuladas outras, mas todas convergindo para o denominador comum do ódio mortal à democracia e à liberdade, de governos que clandestinamente resvalam rumo aos regimes de exceção ou que fazem do de-

creto-lei ou da medida provisória a profecia de suas más intenções, o documento de sua predileção pelo autoritarismo e o certificado de uma aversão profunda ao sistema de separação, harmonia e equilíbrio de poderes independentes, enquanto órgãos da soberania, sob a égide da Constituição.

Como se os colégios constituintes posteriores trouxessem conjuntamente a síndrome de 1823 e o ressentimento de 1824, dissolução e outorga, ambas uma ferida que não sarou, um vício secreto de origem que rebaixa ou diminui a legitimidade de cada Constituição promulgada sob o manto da soberania popular, uma incapacidade congênica de fazer a Lei Maior fundamentar a sociedade e harmonizar os Poderes constitucionais com o País real a fim de resolver-lhe os problemas estruturais.

É precisamente esse descompasso histórico e secular que nos faz identificar, em cada época constitucional do Brasil, o germe da crise constituinte, mirando indistintamente governos, regimes e instituições, não importa a forma política porventura adotada.

Ela gravita também recessiva ao redor de uma certa desconfiança do povo e da opinião acerca do elitismo das assembleias, da magistratura e do governo, este sobretudo inclinado a privilegiar os interesses econômicos dos mais fortes contra os mais fracos.

A crise se estampa por igual na arrogância e até mesmo na má fé de quantos propõem inescrupulosamente reformas e revisões constitucionais, como se a Constituição fora uma artefato de juristas e legisladores diletantes, apartados da realidade, e, não raro, abraçados aos dogmas da ideologia e às ficções da metafísica política. Posição sem consistência e sem eco na consciência pública, amparada por uma geração de governantes e administradores de distintos níveis, afeiçoada ao exercício pessoal e abusivo do poder, e sem nenhum sentimento de respeito e apreço às categorias constitucionais.

Em razão de não ter sido possível até hoje debelar no Brasil a crise constituinte, a qual permanece latente, apesar das várias Constituições que o País já teve, a conclusão a que se há de chegar é que todas essas Cartas Magnas padecem por sua origem, natureza e aplicação alguma deficiência de legitimidade, de tal modo que unicamente por obra de ficção e abstração se pode falar aqui na existência de um poder constituinte ilimitado, absoluto, primário, originário ou rigorosamente de primeiro grau. Este só entra em cena ou intervém criativamente quando uma revolução profunda, sem compromissos com o passado e a tradição, revolve as raízes espirituais da sociedade e constrói sobre outros alicerces um novo edifício constitucional, uma nova teoria do Direito e do Estado.

Se descermos fundo à análise fática, institucional e histórica das

constituintes brasileiras, verificaremos, com surpresa talvez, que em todas as ocasiões em que a Nação elaborou ou promulgou Constituições, lidou invariavelmente com uma espécie real e efetiva de poder constituinte que só por indulgência teórica se poderia impropriamente alcunhar de originário ou primário. Em verdade, a Nação sempre esteve diante de um poder constituinte investido no exercício de uma soberania até certo ponto faticamente limitada pelas estruturas do sistema e da herança que incorporava.

Haveria, assim, nas regiões teóricas, uma espécie de poder constituinte intermediário entre o que emerge da solução da crise constituinte e o poder constituinte constituído, derivado, secundário, jurídico, que se move no interior do ordenamento constitucional, circunscrito a mudanças limitadas a reformas e revisões da Constituição.

Esse poder constituinte impropriamente chamado originário, que entretanto fica acima do chamado poder constituinte derivado, o das reformas e revisões constitucionais, é precisamente aquele que fez todas as Constituições brasileiras e nem por ser de tal natureza, deixa a sua obra de representar a referência suprema de constitucionalidade e de legitimidade possível.

Em suma, o poder constituinte da categoria intermediária acima referida faz Constituições e não reformas constitucionais, atenuando a crise constituinte com a legitimação constante e subsequente da sua obra, ou seja, da Lei Maior elaborada, ao passo que as Constituições oriundas de um poder constituinte primário e absoluto estampam, em grau máximo, um teor de legitimidade que lhes consente banir do ordenamento jurídico a crise constituinte de conseqüências imediatamente palpáveis e dolorosas.

Isto faz a diferença essencial entre o constitucionalismo da cultura política da cidadania e o constitucionalismo da cultura política de clientelismo. Este se acha sempre exposto ou sujeito às vicissitudes da crise constituinte e inserido na sobredita categoria.

É, a nosso ver, a espécie de constitucionalismo que ainda impera no Brasil contemporâneo e que nos faz duvidar possa, mediante as reformas em curso, tolher o agravamento da crise constitucional preste a se converter em crise constituinte.

Para ver quanto a crise constitucional deita raízes profundas, basta traçar um ligeiro perfil das dificuldades que empecem o bom funcionamento do Poder Judiciário, extravasadas na palavra de juízes e de quantos se têm ocupado da reforma desse Poder para melhorar a qualidade da prestação jurisdicional.

O debate, aliás, já se instaurou há vários anos, produzindo uma copiosa fonte de dados informativos e comentários críticos que convergem todos para mudanças, tanto quanto necessárias de largo alcance, como flui de uma

das mais recentes manifestações feitas por autoridade judiciária do quilate e da estrutura do Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, o ministro Celso de Mello, ao tomar posse na presidência dessa Corte, em 22 de maio de 1997, disse que a reforma do Poder Judiciário se inseria no âmbito da “atualização do estado”, da “prevalência da cidadania”, bem como do “respeito incondicional à integridade da ordem democrática”. Postulou para aquela instituição uma base de legitimação mais sólida, “fundada na vontade do povo” e na óbvia rejeição das velhas tendências estamentais e corporativas inclinadas a separar o mencionado Poder da sociedade civil.

Preconizando, pois, a abertura do mesmo em relação à Sociedade, o Ministro recomendou uma “nova atitude cultural dos próprios magistrados com respeito ao problema da organização do Estado e à redefinição do papel da magistratura” em época marcada ainda pelo imperativo do estabelecimento de “uma experiência concreta de vida social em regime de plena normalidade democrática”, após longos anos de sofrimentos impostos ao País por um regime de governo escorado no arbítrio e na opressão.

A tese reformista do Ministro Mello contemplou, assim, um Judiciário onde os atos de administração de magistrados e tribunais tivessem “transparência e visibilidade” perante a nação e onde nenhum órgão do Estado, inclusive o Judiciário, conservasse “imunidade” à fiscalização da cidadania e do corpo social. Só assim, no dizer do Ministro, se lograria edificar uma sociedade realmente democrática.

Depois de consubstanciar o seu pensamento na fórmula de que “a administração da justiça, para realizar plenamente os fins a que se destina, deve ser processualmente célere, tecnicamente efetiva, socialmente eficaz e politicamente independente”, o novo Presidente da mais alta Corte de Justiça do Brasil insistiu na completa independência dos juízes, lembrando que, sem juízes independentes, não há sociedades livres e que essa qualidade na função do magistrado é que faz a garantia e a base de preservação dos direitos fundamentais e das franquias democráticas do cidadão.

Devendo obediência exclusivamente à Constituição, é nesta que reside a garantia suprema da independência dos magistrados para solver “todas as controvérsias que envolvam os cidadãos, as instituições e as próprias instâncias governamentais.”

Ao repreender a manipulação “irresponsável e inconseqüente” da Constituição “pelos detentores do Poder, quer sejam magistrados, legisladores ou administradores”, o Ministro Mello impetrou o respeito à supremacia da Lei Maior, visto que as lesões freqüentes à Constituição, deformando “a vontade soberana do poder constituinte”, em verdade conduzem “à erosão

da própria consciência constitucional.”

A constante desse discurso é o vínculo que ele estabelece entre o Judiciário e a democracia, completando outras manifestações desse mesmo Juiz contra o risco que a Justiça brasileira corre de ser considerada “socialmente injusta” em virtude da lentidão decorrente do emprego privilegiado e elitista de recursos processuais que, na realidade, só estariam ao alcance dos ricos; recursos, portanto, suscetíveis de “protelar as decisões com argumentos que muitas vezes não se sustentam à luz do direito e existem apenas para fazer com que as sentenças demorem”.

Rematou, então, o Presidente do Supremo: “Quem pode sustentar esses recursos e pagar bons advogados tem mais possibilidade de ter seus argumentos ouvidos e considerados pelos tribunais.”

O Ministro pôs o dedo na chaga de um Poder cuja justiça não estaria chegando ao povo.

Com efeito, a montanha de processos acumulados ou que entram em pauta de julgamento compromete a qualidade da prestação jurisdicional.

A crise do Judiciário brasileiro se quantifica estatisticamente em dados que extraímos da matéria estampada a 3 de novembro de 1997 pelo órgão *Folha de São Paulo*, o jornal de maior circulação do Brasil.

Numa seção intitulada “Judiciário”, essa influente gazeta divulgou notícia que tem por título “enxurrada de processos pode parar o STF” (Supremo Tribunal Federal). Destacou que cada Ministro julga, em média, um pouco mais de 17 casos por dia e que a decisão final das ações demora cerca de oito anos.

Os tribunais superiores, nomeadamente o Supremo Tribunal Federal e o Supremo Tribunal de Justiça, estão congestionados de processos.

Quanto ao Supremo, em 1966 julgou ele 31.633 demandas, sendo que o número previsto par o ano em curso deve elevar-se a 35.000; já o Superior Tribunal de Justiça não se acha em situação menos desconfortável. Haja vista que decidiu, no sobredito ano de 1996, 77.629 casos, devendo encerrar o corrente ano com cerca de 100.000 julgamentos.

Esses dados se completam com a sombria averiguação de que, nesta última Corte, 29.169 causas aguardam julgamento, a ser feito pelos 33 juízes da Casa, enquanto no Supremo Tribunal Federal, de cerca de 40.000 processos recebidos este ano, cinco mil, segundo previsão feita, ficarão acumulados para julgamento a partir do ano vindouro.

Aos onze Ministros que compõem a mais alta Corte de Justiça do País se depara, tanto quanto aos 33 do STJ, uma tarefa que excede suas forças e a sua capacidade de trabalho.

Mas o problema central desse momento difícilíssimo que a Justiça bra-

sileira atravessa não se exaure naqueles elementos acima apontados; tem outra dimensão em que se exterioriza com igual intensidade a insuficiência de magistrados.

Enquanto se alarga e até certo ponto tende a aumentar em proporção geométrica o número de pleitos judiciais, o corpo de juízes se contrai ou tende a diminuir, provocando um descompasso ou desequilíbrio que atormenta e preocupa a sociedade.

Do argumento matemático se infere um risco de omissão e qualidade na prestação jurisdicional, fazendo o Poder Judiciário caminhar de costas para o povo, cujas necessidades e exigências se avolumam, determinando uma queda de teor democrático da função que esse Poder Constitucional tem sido chamado a desempenhar na grave conjuntura brasileira, distanciando assim o País da concretização de um legítimo Estado de Direito.

Vejam os números confrangedores: há, no Brasil, um juiz para cada 27 mil habitantes, ao passo que, na Alemanha, a proporção é de um magistrado para cada 3.000 habitantes.

A aritmética da crise é eloqüente e assombrosa. O informe da *Folha* revela que há, em todo o País, 11.628 vagas para juízes na Justiça Comum, Justiça Federal e Justiça do Trabalho, sendo que, em São Paulo, 24,6% desses cargos de juiz estão vagos; em Minas Gerais, a soma se eleva a 28,54% e, no Rio de Janeiro, o percentual é de 16,2%. No Acre, Estado convulsionado por conflitos sindicais, sobressalto no campo e questões ecológicas, a segurança da magistratura é mais precária e 63,3% das comarcas estão vagas.

A reforma do Poder Judiciário brasileiro se tornou, assim, um imperativo de democratização da Justiça.

Os dados acima não abrangem, porém, todos os aspectos que ainda poderiam ser examinados a fim de demonstrar a relevância e a latitude do problema, bem como a necessidade extrema de dar-lhe solução definitiva e urgente e não meramente paliativa.

Nossa dúvida - e aqui emerge a razão de ser das reflexões contidas neste trabalho - é saber a medida exata em que o problema do Judiciário se vincula com a democracia, e se estamos ou não em presença de uma crise constituinte, ou simplesmente de uma crise constitucional, com variações radicais, ou se bastaria emendar-lhe a Carta Magna, e assim, por meios revisionais, solucionar crise cuja extensão ficou patente em sinais de irretorquível gravidade, condensados com inexcusável precisão pelo Presidente do Supremo Tribunal, cujo pessimismo fixa até o prazo em que acontecerá esse mergulho no abismo. Disse o Presidente da mais alta Corte do País:

“Dentro de dois anos, o STF será um tribunal inviável. Quando isso ocorrer, certamente o Brasil não será mais um Estado de Direito.”

Os sintomas afiguram-se-nos todos de crise constituinte, consoante já patenteamos nas reflexões antecedentes, e abrangem também o Executivo e o Legislativo.

Basta, a respeito desses dois últimos Poderes, considerar o problema das Medidas Provisórias, das quais uma foi reeditada mais de 40 vezes, e todas já somam, desde a sua instituição, há menos de dez anos, mais de 1.600. são elas, no campo legislativo, o denominador comum da crise constituinte que ameaça aniquilar dois Poderes Constitucionais da República - o Judiciário e o Legislativo -, concentrando-se, porém, no Executivo o epicentro da comoção política que os abala.

Não se trata, no caso específico do Poder Judiciário, de impressão dúbia e passageira, porquanto, conforme vimos, a crise emerge, de certo modo, dos depoimentos da magistratura brasileira. Neles se gravam os contornos de uma convicção a pique de transformar-se em certeza averiguável nos distritos da realidade.

Aliás, não é de todo, tocante àquele Poder, um fenômeno republicano. Algo semelhante já ocorreu ao tempo da monarquia, envolvendo o Judiciário.

Nabuco de Araújo, estadista do Império, referido por Arx Tourinho, em recente artigo acerca da reforma do Judiciário, dizia:

“Ou organizais a justiça pública, verdadeira, real, completa - ou legitimais a vindita popular. Não tendes pois escolha: é preciso organizar a justiça pública. Mas como? Olhai para a sociedade: o que vedes? Um longo hábito de impunidade.”

É a impunidade, a mesma dos tempos do Império, que ainda hoje envenena a República. E, na esteira da impunidade, outro fator não menos adverso à democracia, na crise do Poder Judiciário, tem sido o nepotismo. Este já provocou escândalos de privilégios, elitismo e empreguismo, como aconteceu há poucos meses num dos Tribunais do Estado da Paraíba, colocado debaixo da intervenção da Corte Superior. Fatos dessa natureza deprimem a Justiça e dão ressonância às vozes de opinião de quantos no seio da Sociedade impetram o controle externo do Judiciário e buscam, assim, preservar os quadros da magistratura da perda de legitimidade e do abalo de confiança no exercício de sua função judicante. Há algumas semanas, lia-se na imprensa a declaração de um alto magistrado, encarecendo a necessidade de os

demais tribunais do País seguirem o exemplo do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal Eleitoral, que vedam, mediante disposições regimentais rigorosas, o ingresso, sem prévio concurso público, de parentes ou familiares aos seus quadro de servidores.

Na reforma do Judiciário que ora tramita nas duas Casas do Congresso Nacional, será de bom alvitre para uma proteção mais eficaz aos direitos e garantias fundamentais e à organização dos Poderes, a criação de uma Corte Constitucional, conforme consta de proposta já aprovada e formalizada pela Ordem dos Advogados do Brasil.

Seria, a nosso ver, um Tribunal bem mais independente, congregando poderes e competências para dirimir unicamente litígios constitucionais, cumprindo o papel de guarda da Constituição.

Sendo, em comparação com outros Tribunais superiores, uma Corte mais aberta, mais específica, mais especializada, abraçaria ela talvez com menos relutância, em matéria constitucional, a tomada de novos hermenêuticos, o que não tem sido possível com tribunais afeiçoados, por tradição e rotina à metodologia rígida e clássica da Velha Hermenêutica, jungida aos cânones de Savigny, isto é, a pautas interpretativas de inspiração jusprivatista.

Afigura-se-nos, por conseguinte, mais fácil a um tribunal novo, desatado de laços com o passado e com a tradição jurídica conservadora, incorporar ao sistema judicial a metodologia renovadora de uma hermenêutica fundada na teoria material da Constituição e, por isso mesmo, refratária ou esquiva ao emprego exclusivo do método de subsunção, ou seja, ao formalismo dedutivista, típico da idade em que, nas letras jurídicas, imperava sobretudo o subjetivismo e o formalismo lógico de juristas cuja formação e consciência traduziam, no âmago, os valores da escola liberal e os princípios do constitucionalismo clássico.

Enfim tornando ao ponto de partida e tema crucial destas reflexões, a saber o Poder Judiciário em face do parágrafo 1º do art. 1º, podemos asseverar outra vez que há, na Constituição do Brasil, um sistema bidimensional de democracia: a representativa e a direta. Mas só a primeira, pela índole elitista e conservadora da classe política, compõe a dinâmica do governo, ao passo que a outra, embora instituída também em base *principal* permanece adormecida. Dissemos em base *principal*, porque ela é partícipe do princípio da soberania popular e hoje, como se sabe, os princípios, compondo a essência e a unidade da Constituição, regem na teoria e na prática, com grau de suprema normatividade, o funcionamento jurídico do sistema.

São eles a alma das Constituições, seu tecido mais nobre, sua energia mais expansiva, seu elemento mais dinâmico, sua categoria mais elevada em

termos de normatividade.

Não se justifica, por conseguinte, que um deles - precisamente o da soberania popular, o mais excelso de todos na mecânica funcional do regime - fique assim posposto e inferiorizado respeitante às aplicações políticas de sua dimensão direta, o que equivaleria a mutilar o sistema constitucional de poder e a comprometer a legitimidade e o futuro da democracia do Brasil.⁵ Uma das missões históricas do Judiciário é contribuir, portanto, para que isto não aconteça. E, se tal acontecer, os três Poderes constitucionais serão arrastados e mergulhados na voragem da crise constituinte.

⁵ O futuro da democracia no Brasil, como em todos os países do Terceiro Mundo, requer uma compreensão diferente da democracia, inserindo-a na categoria *principal* ou principiológica e, ao mesmo passo, reconhecendo-lhe a dimensão de direito de quarta geração; um direito, portanto, recente na esfera dos direitos humanos, talvez o mais importante dos direitos do homem e dos povos. Vinculado, de certa maneira, à dignidade da pessoa humana, a democracia, segundo essa nova projeção conceitual e teórica, se concretiza como o primeiro dos direitos fundamentais; sem ele, a liberdade e a igualdade se depauperam, e não logram eficácia. Assume, assim, indubitavelmente como valor superior o primeiro lugar na hierarquia normativa dos ordenamentos constitucionais.

Já não se trata da democracia unicamente como expressão da soberania popular. Deixando de ser apenas forma de governo de determinado Estado ou Sociedade para se transformar em direito por excelência da humanidade, ou seja, um direito do ser humano, enquanto conjunto substancial de todos os valores que informam moral e socialmente a sua personalidade, a democracia-direito é mais do que a democracia-soberania popular; enquanto esta é uma categoria abstrata, aquela é uma categoria concreta. Ali, um referencial político, aqui, um referencial ético-social-individual estruturado na própria dignidade do ser humano.

Tocante a essa nova qualificação da democracia, seguem-se abaixo algumas reflexões extraídas doutros estudos em que nos ocupamos do assunto. Com efeito, em “Néo-libéralisme et État Social au Brésil”, constante na coletiva *Staatphilosophie und Rechtspolitik*, publicada em 1997 na Alemanha, em homenagem a Martin Kriele, escrevemos o seguinte sobre democracia e Estado Social:

“En effet, l’État social contemporain comprend les droits de la première génération, de la seconde, de la troisième et quatrième générations dans une lignée ascendante de déploiement conjugué et continu, qui s’initie avec les droits individuels, arrive aux droits sociaux, se poursuit avec les droits de la fraternité et atteint finalement le dernier droit de la condition politique de l’homme: le droit à la démocratie. Un droit d’ailleurs en formation, dont l’admissibilité doit être, immédiatement déclarée, puisqu’on le perçoit déjà avec la même impression de certitude objective que les droits de la troisième génération, ceux qui se réfe-

rent au développement, à la paix, à la fraternité et à l'environnement.

À l'heure actuelle, l'Auteur ne saurait ne pas se référer aux mots prononcés à Foz do Iguaçu, à l'occasion de la clôture de la XV Conférence de l'Ordre des Avocats du Brésil, en 1994, lorsqu'il a osé énoncer et proclamer ce droit. Et il l'a fait, entre autres considérations, en formulant les commentaires suivants:

"Ayant pour contenu la liberté et l'égalité, selon une conception intégrale de la justice politique, le droit à la démocratie, apanage de toute l'humanité est donc un droit de quatrième génération, de la même façon que le développement, par sa restitution concrète et matérielle aux peuples du Tiers Monde, est un droit de troisième génération. En effet, prenant pour base le titulaire, les droits de l'homme de première génération appartiennent à l'individu, ceux de seconde génération au groupe, ceux de troisième à la communauté et ceux de quatrième au genre humain.

À la rigueur, à l'ère de la technologie et de la globalisation de l'ordre économique et de rapports humains, il n'y a pas un droit de nature politique plus important que la démocratie, qui doit être considérée comme un droit fondamental de quatrième génération ou dimension, comme nous avons déjà signalé.

Étant donné qu'elle est énoncée en tant que droit fondamental, ce qui justement signifie qu'elle commence à avoir accès à l'ordre juridique positif, à se concrétiser dans le cadre international, à avoir une base d'efficacité et de matérialisation dérivée de sa pénétration dans la conscience des peuples et des citoyens, d'où elle passera au texte des constitutions et à la lettre des traités.

Bref, la norme démocratie, ayant pour titulaire le genre humain, est par conséquent un droit international positif de nos jours. Et elle l'est parce qu'elle se transforme pas à pas en conduite obligatoire imposée aux États par les Nations Unies pour balayer du pouvoir, de manière légitime, les systèmes autocratiques et absolutistes qui, en perpétrant le génocide et provoquant des menaces létales à la paix universelle, deviennent incompatibles avec la dignité du genre humain."

As considerações acima expendidas se completam com o que afirmamos em nosso *Curso de Direito Constitucional* acerca da democracia como direito fundamental da quarta geração em face da globalização e do neoliberalismo:

O Brasil está sendo impelido para a utopia deste fim de século: a globalização do neoliberalismo, extraída da globalização econômica. O neoliberalismo cria, porém, mais problemas do que os intenta resolver. Sua filosofia do poder é negativa e se move, de certa maneira, rumo à dissolução do Estado nacional, afrouxando e debilitando os laços de soberania e, ao mesmo passo, doutrinando uma falsa despolitização da sociedade.

A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. Mas, nem por isso deixa de fazer perceptível um desígnio de perpetuidade do *status quo* de dominação. Faz parte da estratégia mesma de formulação do futuro em proveito das hegemônias supranacionais já esboçadas no presente.

Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem juris-

dição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia.

Globalizar direitos fundamentais equívale a universalizá-los no campo institucional. Só assim aufere humanização e legitimidade um conceito que, doutro modo, qual vem acontecendo de último, poderá aparelhar unicamente a servidão do porvir.

A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

A democracia positivada enquanto direito enquanto direito da quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. Desse modo, há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder. Tudo isso, obviamente, se a informação e o pluralismo vingarem por igual como direitos paralelos e coadjuvantes da democracia; esta, porém, enquanto direito do gênero humano, projetado e concretizado no último grau de sua evolução conceitual.

Força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo “dimensão” substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a Humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo.

Os direitos da quarta geração não somente culminam a *objetividade* dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem - sem, todavia, removê-la - a *subjetividade* dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulantes em sua dimensão *principal, objetiva e axiológica*, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico.

Daqui se pode, assim, partir para a asserção de que os direitos da segunda, da terceira e da quarta gerações não se interpretam, *concretizam-se*. É na esteira dessa concretização que reside o futuro da globalização política, o seu princípio de legitimidade, a força incorporada de seus valores de libertação.

Da globalização econômica e da globalização cultural muito se tem ouvido falar. Da globa-

lização política só nos chegam, porém, o silêncio e o subterfúgio neoliberal da reengenharia do Estado e da sociedade. imagens, aliás, anárquicas de um futuro nebuloso onde o Homem e sua liberdade - a liberdade concreta, entenda-se - parecem haver ficado de todo esquecidos e postergados.

Já na democracia globalizada, o Homem configura a presença moral da cidadania. Ele é a constante axiológica, o centro de gravidade, a corrente de convergência de todos os interesses do sistema. Nessa democracia, a fiscalização de constitucionalidade daqueles direitos enunciados - direitos, conforme vimos, de quatro dimensões diferentes - será obra do cidadão legitimado, perante uma instância constitucional suprema, à propositura da ação de controle, sempre em moldes compatíveis com a índole e o exercício da democracia direta.

Enfim, os direitos da quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política.